

E-hate speech e funzione dell'Internet Service Provider

Lisa Castellani

ABSTRACT

Il tema della risposta penale all'*hate speech* viene affrontato innanzitutto in relazione al bene giuridico tutelato, individuato, grazie ad uno sguardo alla dimensione europea, nella dignità della persona, vista anche alla luce delle nuove forme di razzismo. L'intervento propone una sintetica analisi delle norme di diritto penale sostanziale di riferimento, ed in modo particolare della legge 654/1975, che ben può conservare, anche nel panorama attuale, una funzione centrale. Con riguardo alle incriminazioni delle nuove forme di *hate speech* terroristico, si propongono alcuni interrogativi in merito alle recenti applicazioni giurisprudenziali della fattispecie di cui all'art. 414 c.p., nell'ambito dell'utilizzo dei *social network*. Si esamina, infine, la *questio* della responsabilizzazione e responsabilità dei *providers* e del loro ruolo nel necessario bilanciamento tra contrasto all'*hate speech* ed esercizio della libertà di espressione.

SOMMARIO: 1. *Introduzione*. – 2. *Hate speech e tutela penale*. – 3. *Hate speech nel cyberspace*. – 4. *E-hate speech e neo-terrorismo*. – 5. *Riflessioni in merito alla responsabilizzazione dell'Internet Service Provider*. – 6. *Considerazioni conclusive*.

1. Introduzione

Le peculiarità della rete e il suo sottrarsi ad ogni definizione tradizionale non possono che stimolare la ricerca, ed in modo particolare, la ricerca penalistica. La strutturale trascendenza del *cyberspace* impone un ripensamento dei concetti dogmatici tradizionalmente connessi alla dimensione spazio-temporale¹. Segnatamente, l'“evento” *online* non può che subire forti

¹ Cfr. L. PICOTTI, voce *Reati informatici*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 2000, p. 30; ID., *Internet e responsabilità penali*, in G. PASCUZZI (a cura di), *Diritto e informatica*, Milano, 2002, p. 115 ss.; ID., *Profili penali delle comunicazioni illecite via Internet*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 2/1999, p. 283 ss.

distorsioni: nel caso di diffusione di contenuti illeciti o dei reati di manifestazione del pensiero realizzati via *Internet*, infatti, esso non solo si smaterializza, ma «tende anche ad espandersi e riprodursi “automaticamente”, quasi moltiplicandosi per il numero delle volte o delle possibilità di percezione da parte di terzi, pur in tempi successivi ed in territori (ed ordinamenti!) molto diversi»².

Se i diversi campi di studi, dalla filosofia alla fisica, sono concordi nel riconoscere, pur nella sfuggevolezza della comprensione ontica dello stesso, il valore assiomatico del paradigma “*it from bit*”³, per lo più avveniristicamente connesso alla centralità delle ICTs nella quotidianità, il diritto penale non può esimersi dal suo ruolo sociale di tutela dei valori che reggono la democrazia anche nell’ambito delle “interazioni” *online*⁴.

Premessa essenziale alla disamina che seguirà è pertanto la seguente: i rischi connessi alle innovazioni tecnologiche non possono godere di una sorta di franchigia sociale, connessa ad esimenti ideologiche⁵. In modo particolare, con riguardo a specifiche forme di discorsi d’odio, il richiamo alla *freedom of speech* non può trasformarsi in uno scudo protettivo dell’irresponsabilità⁶. Considerare il *web* come una realtà a sé stante, come luogo di massima espressione di libertà del singolo e pertanto, onde evitarne la compressione o negazione, avversare ogni intervento legislativo che propenda per qualche controllo, comporta il rischio della metamorfosi dello stesso in “eroe della parola decaduta”.

Parole e rete, pur rappresentando una combinazione perfetta per diffondere idee, preservare la libertà e implementare lo sviluppo sul piano sociale, culturale ed economico, costituiscono altresì terreno fertile per soprusi.

Il binomio diritto alla sicurezza e diritto alla libertà, il loro rapporto vicendevole di limite interno l’uno dell’altro, deve pertanto essere sempre valorizzato inverando anche nell’esserCi digitale quanto stabilito nell’art. 6 della Carta di Nizza⁷.

La libera manifestazione del pensiero costituisce di certo uno dei tanti eterogenei diritti che

² Così L. PICOTTI, *Internet e responsabilità penali*, cit., p. 119.

³ Celebre slogan coniato dal padre della gravità quantistica John Wheeler.

⁴ Cfr. L. PICOTTI, *Quale diritto penale nella dimensione globale del cyberspace?*, in R. WENIN, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, (Atti del convegno di Trento, 2 e 3 ottobre 2015), Napoli, 2017, in particolare p. 311-312.

⁵ Cfr. A. SORO, *Persona vulnerabile. La protezione dei dati nella società digitale. Discorso del Presidente. Relazione 2014*, Roma, 23 Giugno 2015: «Gli scenari della società digitale disegnano un quadro di grandi sfide che abbiamo il dovere di affrontare senza rassegnata subalternità e senza inutile ostilità. Dobbiamo rimuovere la tentazione tecnofobica, il timore dell’innovazione, senza rinunciare a contrastarne le distorsioni, a ricercare una qualche regolazione dei processi e, più in generale, a vivere responsabilmente il nostro tempo».

⁶ E’ noto, invece, come il modello statunitense, in virtù del Primo emendamento della Costituzione, non ammetta alcuna limitazione alla libertà di espressione.

⁷ Come ricordato dal prof. Rodotà quasi un ventennio orsono, «la libertà ha sempre bisogno di un quadro istituzionale non che la protegga, ma che consenta ad essa di rimanere al riparo dai molti attacchi che alla libertà possono essere portati anche senza una volontà censoria. E nel momento in cui Internet evolve come grande luogo di interessi economici, tendenza che non può e sarebbe sbagliato contrastare, dobbiamo però tenere conto della necessità di salvaguardare in rete i diritti e le dinamiche della libertà». Cfr. S. RODOTÀ, *Relazione introduttiva: Libertà, opportunità, democrazia, informazione*, Convegno *Internet e privacy – Quali regole?*, Roma, 8 Maggio 1998, in www.privacy.it.

possono essere ricompresi nell'alveo di tutela della sfera del soggetto ma, nella sua intrinseca dinamicità e connotazione relazionale⁸, dovrà necessariamente incontrare dei limiti. Questa pare ricostruzione necessitata in un sistema costituzionale come il nostro che ha posto la persona al vertice della scala dei valori⁹.

2. *Hate speech* e tutela penale

La *questio* dell'intervento del diritto penale nelle arene digitali presuppone una preliminare *actio finium regundorum* che permetta di comprendere quando i discorsi d'odio abbiano rilevanza penale e quali siano le fattispecie di riferimento *de iure condito*.

E' necessario innanzitutto rilevare che, nonostante il fenomeno sia tutt'altro che nuovo, non si riviene, in alcuna disposizione giuridica nazionale o sovranazionale, una definizione giuridicamente vincolante di *hate speech*¹⁰.

La spiegazione più recente di discorso d'odio è contenuta nella Raccomandazione di politica generale n. 15 della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza del Consiglio d'Europa (ECRI) del 2015 ed abbraccia un ampio ventaglio di comportamenti. Superato il riferimento alle "minoranze" ed a particolari gruppi operato dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri n. 20 del 1997 del Consiglio d'Europa¹¹, il concetto di discorso d'odio adottato dall'ECRI comprende il «fomentare, promuovere o incoraggiare, sotto qualsiasi forma, la denigrazione, l'odio o la diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo, nonché il fatto di sottoporre a soprusi, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce una persona o un gruppo e la giustificazione di tutte queste forme o espressioni di odio testé citate, sulla base

⁸ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione - Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004, p. 159 ss.: «Si tratta dunque di libertà variabile nel tempo nello spazio: si articola secondo del momento storico, ma anche della comunità cui si estrinseca. Il che comporta che non si possa avere una visione dogmatica di questa libertà che, definita a priori sulla base di principi ideologici che in quanto tali sono intrinsecamente opinabili, si applichi sempre e ovunque [...]. Essa è fortemente relazionale nel senso che va considerata assieme a quelle libertà, diverse, cui è strettamente connessa: solitamente la loro espansione - o la loro restrizione - è correlata, e l'una riflette la condizione delle altre».

⁹ Cfr. per tutti F. C. PALAZZO, *Il problema dell'ignoranza della legge penale nelle prospettive di riforma*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1975, , p. 777 ss. e Corte Costituzionale, sent. n. 364 del 1988.

¹⁰ Tra le prime raccomandazioni elaborate dalla Commissione "Jo Cox" su fenomeni di odio, intolleranza, xenofobia e razzismo, istituita nel maggio 2016 e presieduta dalla Presidente della Camera dei deputati Laura Boldrini, vi è per l'appunto quella di «adottare una definizione legale riconosciuta di "discorso d'odio" (*hate speech*)», cfr. Relazione finale, approvata dalla Commissione nella seduta del 6 luglio 2017, p. 119, in <http://www.camera.it/leg17/1313>.

¹¹ Raccomandazione del Comitato dei Ministri n. 20 del 1997 del Consiglio d'Europa: «(...) il termine "discorso d'odio (*hate speech*)" deve essere inteso come l'insieme di tutte le forme di espressione che si diffondono, incitano, sviluppano o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo ed altre forme di odio basate sull'intolleranza e che comprendono l'intolleranza espressa attraverso un aggressivo nazionalismo ed etnocentrismo, la discriminazione l'ostilità contro le minoranze, i migranti ed i popoli che traggono origine dai flussi migratori».

della “razza”¹², del colore della pelle, dell’ascendenza, dell’origine nazionale o etnica, dell’età, dell’handicap, della lingua, della religione o delle convinzioni, del sesso, del genere, dell’identità di genere, dell’orientamento sessuale e di altre caratteristiche o stato personale».

La Commissione, sottolineando come l’offensività di una forma di espressione non possa comportare *ex se* l’assimilabilità della stessa all’*hate speech*, delinea quale dovrebbe essere la *ratio* sottesa alle misure adottate contro l’utilizzo di tale discorso: «proteggere persone e gruppi di persone, e non particolari convinzioni, ideologie o religioni»¹³.

Il bene giuridico precisamente individuato è pertanto la dignità dell’uomo ovvero quel principio/valore in cui converge tutta la tutela della persona¹⁴.

Se non ogni offesa assurge al rango di *hate speech*¹⁵, e non ogni *hate speech* risulta penalmente

¹² Poiché tutti gli esseri umani appartengono alla stessa specie, l’ECRI rifiuta le teorie basate sull’esistenza di “razze” diverse. Tuttavia, nella presente Raccomandazione, l’ECRI utilizza tale termine, al fine di garantire che le persone generalmente ed erroneamente percepite come appartenenti a un’“altra razza” non siano escluse dall’ambito della tutela prevista dalla raccomandazione.

¹³ In tal senso si sono espressi sia il Consiglio dell’Unione europea che il Parlamento europeo condannando le leggi che «sanzionano le espressioni blasfeme, diffamatorie o offensive per una religione». La libertà di religione non include il diritto ad avere una fede libera da critiche o dal dileggio poiché i diritti umani proteggono solo le persone, non la religione o le convenzioni personali. Cfr. *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief*, 2013, in www.consilium.europa.eu; *EU Guidelines on freedom of Expression Online and Offline*, 2014, in www.consilium.europa.eu; *Risoluzione del Parlamento europeo dell’11 dicembre 2013 Sulla relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo nel 2012 e sulla politica dell’Unione Europea in materia*, in www.europarl.europa.eu. A commento cfr. S. CANESTRARI, *Libertà di espressione e libertà religiosa: tensioni attuali e profili penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2016, p. 917 ss.

¹⁴ Cfr. art. 1 Dichiarazione universale dei diritti umani; art. 1 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; artt. 3, 36, 41 Costituzione. Cfr. in modo particolare l’intervento del Vice Presidente della Corte Costituzionale, Giorgio Lattanzi, nonché del Prof. Guido Alpa, durante il G7 delle Avvocature - “Sicurezza e linguaggio dell’odio”, svoltosi a Roma il 14 settembre 2017 (video in <http://www.consiglionazionaleforense.it/web/cnf-news/-/381411>). Interessante, a tal riguardo, evidenziare come già agli inizi degli anni sessanta il prof. Vassalli riflettendo sulla protezione della personalità e della sfera individuale di fronte ai problemi posti dal progresso tecnico, affermava: «lo sviluppo della tecnica, che pur porta per sua tendenza, come ogni progresso, ad un potenziamento della personalità individuale, deve trovare un argine in nome della stessa personalità umana, destinata a restare nelle sue manifestazioni più alte e più sacre, il metro di tutte le cose; senza di che rischieremo un giorno di perire tutti per opera nostra [...] Tutti gli aspetti della personalità, dalla vita alla salute, dal lavoro alla dignità e alla riservatezza, dalla libertà morale all’onore, meritano oggi una tutela più attenta ed efficace che per il passato di fronte ai pericoli connessi con il progresso tecnologico: al quale tuttavia la personalità individuale è debitrice dei suoi maggiori arricchimenti e delle sue maggiori garanzie». Cfr. G. VASSALLI, *La protezione della sfera della personalità nell’era della tecnica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, vol. V, Milano, 1962, p. 675.

¹⁵ Con riguardo all’art. 10 della CEDU cfr. *ex multis* Corte europea dei diritti dell’uomo, sent. 7 dicembre 1976, n. 5493/72, *Handyside V. the United Kingdom*; sent. 23 settembre 1994, n. 15890/89, *Jersild v. Denmark*; sent. 6 luglio 2006, n. 59405/00, *Erbakan v. Turkey*. Con particolare riguardo all’art. 17 della Convenzione, applicato in via eccezionale nei casi di negazionismo cfr. *ex multis* Corte europea dei diritti dell’uomo, sent. 15 ottobre 2015, n. 27210/08, *Perinçek c. Svizzera*; sent. 20 ottobre 2015, *Diendonné M’Bala M’Bala c. Francia*, n. 25239/13. Cfr. inoltre O. POLLICINO, *Tutela dei diritti fondamentali nell’era digitale e contesto valoriale: una indagine transatlantica*, in *Rivista di diritto dei media*, 2/2018.

rilevante¹⁶, preziose indicazioni emergono grazie all'analisi della categoria dei cd. *hate crimes* ovvero i crimini ispirati dall'odio¹⁷.

Secondo l'indicazione dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa - OSCE, elemento essenziale degli *hate crimes* è la *bias motivation*, ovvero la motivazione basata sul pregiudizio¹⁸. La maggior gravità, rispetto ai medesimi reati commessi in assenza di tale motivazione, è connessa al messaggio veicolato, ovvero alla proclamazione di odio non solo nei confronti della persona fisica direttamente coinvolta ma anche del gruppo cui essa appartiene, che ne moltiplica quindi l'impatto. L'*hate crime* colpisce il soggetto ma impoverisce l'intera comunità mirando alla sua divisione.

Ma attenzione: ciò che permette la configurabilità di un *hate crime* ed esclude l'applicabilità del reato base non è il sentimento di odio che il soggetto attivo deve provare nei confronti della vittima/gruppo, quanto il fatto che a monte è la discriminazione/prejudizio verso il gruppo a determinare la selezione della vittima.

Sarebbe pertanto possibile individuare delle aree di intersezione tra *hate speeches* e *hate crimes* ove il discorso d'odio abbia già di per sé autonoma rilevanza penale (es. diffamazione nei confronti di un soggetto, istigazione a delinquere, minaccia, etc.) e sia sorretto dalla motivazione basata sul pregiudizio consistente nella discriminazione della vittima fondata su di una caratteristica che rappresenta un aspetto essenziale di una comune identità di un gruppo¹⁹.

La valorizzazione rispetto ai reati comuni della *bias motivation*, nel nostro ordinamento, è strettamente connessa all'art. 3 della legge 25 giugno 1993, n. 205 (cd. Legge Mancino)²⁰ che, in perfetta armonia con la successiva Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio dell'Unione²¹, prevede una circostanza aggravante speciale per tutti i reati commessi "per finalità" di discriminazione²² e odio²³ etnico, nazionale, razziale o religioso.

¹⁶ Cfr. Corte Costituzionale nn. 1/1965; 65/1970; 1/1971; n. 71/1957. Per un'analisi critica della problematica dell'individuazione dei limiti desunti dalla Costituzione alla libertà di manifestazione del pensiero e di pensiero cfr. D. PULITANO, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale Giustizia*, 1970, 5-6, p. 187 ss.

¹⁷ Si parla di *crimes* dato che l'autonoma tipizzazione da parte di una norma penale è presupposto essenziale degli stessi: l'assenza di un fatto già qualificabile come penalmente rilevante comporta la non configurabilità del reato ispirato dall'odio. Cfr. OSCE, *Perseguire giudizialmente i crimini d'odio. Una guida pratica*, 2016, in www.osce.org/it.

¹⁸ Cfr. OSCE, *Perseguire giudizialmente i crimini d'odio. Una guida pratica*, cit., nella quale si precisa che «per l'aggressore, un componente di quel gruppo è del tutto fungibile con altri componenti del gruppo stesso. In tal modo, i reati ispirati dall'odio negano la dignità umana e la specifica individualità della vittima e minano il principio secondo cui ciascun individuo ha diritto a godere di eguale tutela giuridica».

¹⁹ Cfr. OSCE, *Hate Crimes Laws: A Practical Guide*, Varsavia, 2009, in www.osce.org e *Preventing and Responding to Hate Crimes: A Resource Guide for NGOs in the OSCE Region*, Varsavia, 2009, in www.osce.org.

²⁰ D.L. 26 aprile 1993, n. 122 convertito in Legge 25 giugno 1993, n. 205 (cd. Legge Mancino).

²¹ Decisione Quadro 2008/913/GAI, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale. L'art 4 della Decisione prevede, per l'appunto, un'aggravante per tutti i reati (diversi da quelli contemplati dalla stessa decisione-quadro) a motivazione razzista e xenofoba. Per un'analisi della Decisione cfr. L. CAJANI, *Criminal Laws on History. The case of the European Union*, in *Historie*, vol. 11, 2011, p. 19-48, in particolare nota 84 per rinvio ad ulteriore bibliografia.

²² *Ex* art. 1 della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale delle

Il concetto di razzismo ivi utilizzato, infatti, secondo una lettura sistematica delle norme sovranazionali e nazionali di riferimento²⁴, potrebbe ben essere interpretato in senso ampio (cd. *neo-razzismo*²⁵), come differenziazione tra categorie di uomini “superiori” e “inferiori”, o meglio tra “umani” e “sub-umani”²⁶, che, pur prescindendo dai dati di natura biologica, si fonda su tratti peculiari profondamente espressivi dell’*altro-gruppo*²⁷. L’estensione riguarderebbe anche la logica che a monte spinge il soggetto all’adozione di questa visione differenzialista, ricomprendendo anche le “differenziazioni” animate da reazioni difensive nei confronti delle

Nazioni Unite - ICERD - del 1966, per «discriminazione razziale» si intende «ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l’ascendenza o l’origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l’effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l’esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica». Cfr. a livello nazionale l’art. 2 del d.lgs. 215/2003, attuativo della Direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica. In modo particolare, ai sensi dell’art. 2, comma 3, sono considerate come discriminazioni anche «le molestie ovvero quei comportamenti indesiderati, posti in essere per motivi di razza o di origine etnica, aventi lo scopo o l’effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante e offensivo».

²³ Il concetto di odio, secondo la giurisprudenza, richiamerebbe un’avversione tale da desiderare la morte o un grave danno per la persona odiata. Non ogni sentimento di avversione o di antipatia assurge quindi al rango di manifestazione d’odio. Cfr. Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2008, n. 13234.

²⁴ Cfr. *ex multis* art. 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell’Uomo; art. 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali; art. 1 della Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale; art. 1 della Decisione Quadro 2008/913/GAI; art. 10 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea; art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. A livello nazionale cfr. art. 3 della Costituzione, art. 43 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico sull’immigrazione).

²⁵ Cfr. Risoluzione 2069/2015 dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa “*Recognising and preventing neo-racism*” in assembly.coe.int: «*A disturbing rise in racism, xenophobia and intolerance has been apparent for some years now in Europe. Those affected include migrants and asylum seekers, Jews, Muslims and Roma, and the reason is a supposed incompatibility between groups of different origins on cultural and religious grounds. In addition to the conventional definition of racism, there is also a “race-less racism” which is equally damaging because it tends to justify discrimination against certain groups and individuals.*».

²⁶ Cfr. in A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2017, p. 603. Come evidenziato dall’Autore quando l’individuo non viene considerato *in quanto tale*, ma semplicemente in quanto membro di un gruppo, la precisa caratteristica che connette il soggetto alla “categoria” acquista non solo valore totalizzante, comportando un’arbitraria inversione-sinonimo, ma anche valore “essenzializzante”, facendo sì che quella peculiarità costituisca la vera unica essenza dell’individuo cui si riferisce. «E poichè la mia essenza è essere uomo l’altro nella sua radicale diversità d’essenza, ne viene fuori come non-umano, o meglio sub-umano, non paradigmaticamente umano. Il contenuto di pensiero del discorso d’odio è, insomma, la *de-umanizzazione* dell’altro, che è, poi, il contenuto di pensiero di ogni discorso razzista e discriminatorio: la identificazione dell’altro come figura emblematica di una condizione inferiore rispetto alla vera e propria umanità, ossia rispetto a ciò che cui la dignità dell’umano merita di essere riconosciuta».

²⁷ Cfr. L. PICOTTI, *Diffusione di idee razziste ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, in *Giurisprudenza di merito* n. 9/2006, p. 1960 ss., a commento della sentenza del Tribunale di Verona, 2 dicembre 2004 (dep. 24 febbraio 2005) n. 2203. Per riferimenti bibliografici vedi nota 4. Cfr. inoltre Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2009, n. 41819 con nota di F. PANIZZO, *Quando la propaganda politica diviene propaganda razzista*, in *Cassazione penale*, 6, 2010, p. 2353.

presunte minacce provenienti dai “*diversi*”²⁸.

La connessione con la base proteiforme dell’*hate speech* richiamata dall’ECRI e la *motivation degli hate crimes*, nel quadro così delineato, risulta dunque evidente.

Alla luce di tali considerazioni nuove sfumature acquista la disposizione di cui all’art. 3 comma 1, lett. a) della legge 13 ottobre 1975, n. 654²⁹, così come modificata dalla Mancino³⁰,

²⁸ Cfr. L. PICOTTI, *Istigazione e propaganda della discriminazione razziale fra offesa dei diritti fondamentali della persona e libertà di manifestazione del pensiero*, in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso - Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 117-145.

²⁹ Legge 13 ottobre 1975, n. 654 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966), successivamente modificata anche dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85 e dalla legge 6 giugno 2016, n. 115 che ha, da ultimo, introdotto l’aggravante di negazionismo. Numerosi i contributi a commento della disciplina antidiscriminatoria, tra i più recenti cfr. G. PAVICH e A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull’evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 ottobre 2014; M. LA ROSA, *Tutela della pari dignità: norme antidiscriminazione*, in D. PULITANO (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, Tutela penale della persona*, I, Torino, 2014, p. 369 ss., ai quali si rinvia per ulteriori richiami bibliografici.

³⁰ Da notare come la sostituzione dei termini «diffondere» con «propagandare» e «incitare» con «istigare», operata dalla Legge Mancino, a parere della giurisprudenza non abbia integrato un fenomeno di discontinuità normativa (Cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. III, 7 maggio 2008, n. 37581: «[...] secondo il comune significato delle parole, “diffondere” indica la condotta di chi divulga, fa conoscere al pubblico; mentre “propagandare” indica l’attività di chi diffonde con la propaganda, cioè attraverso un’opera diretta a influenzare l’opinione pubblica ovvero a modificare le idee e i comportamenti dei destinatari. Sembrerebbe quindi che la norma introdotta nel 2006 si qualifichi come speciale rispetto alla norma del 1993, avendo specificato la condotta di diffusione attraverso la particolare modalità della propaganda (cd. specialità per specificazione). Tuttavia, se si esamina attentamente la ipotesi di cui all’art. 3, lett. a), non è illogico concludere che la nuova formulazione introdotta dal legislatore del 2006 non ha circoscritto la fattispecie penale prevista dal legislatore del 1993. Infatti, in entrambe le formulazioni, accanto alla condotta di diffusione o propaganda delle idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale, è sempre incriminata con la stessa pena anche la condotta di incitamento o istigazione a commettere atti di discriminazione razziale. Considerata la sostanziale equivalenza tra discriminazione razziale e ideologia fondata su superiorità o sull’odio razziale, la conseguenza è che la propaganda della ideologia razziale incriminata dalla norma del 2006 era già prevista nella norma del 1993, laddove questa puniva non solo la diffusione di ideologie razziali ma anche l’incitamento alla discriminazione razziale, posto che, per quanto sopra osservato, la propaganda altro non è che una diffusione di idee tendente a incitare al mutamento delle idee e dei comportamenti del pubblico (indubbiamente l’incitamento punito non è solo quello diretto a persone determinate ma anche quello indirizzato a una serie indeterminata di persone). Insomma, la propaganda prevista nella norma del 2006 non era diversa dalla diffusione più incitamento già previsti dalla norma del 1993. Comunque, anche la cd. specialità per specificazione - contrariamente a una opinione corrente nella soggetta materia - non comporta una *abolitio criminis* ai sensi dell’art. 2 c.p., comma 2, ma configura soltanto una mera modificazione della norma preesistente ai sensi del comma 4 del cit. art.. Infatti, la specificazione sopravvenuta si limita a circoscrivere la rilevanza penale a quelle condotte contemplate nella specificazione medesima che tuttavia erano già incriminate nella previsione generale della norma precedente: nel caso di specie - secondo la ipotesi subordinata qui considerata - circoscriverebbe la punibilità alla propaganda, che era già compresa nella incriminazione della diffusione. Sul punto, quindi, si deve concludere che la successione di leggi penali dal D.L. 26 aprile 1993, n. 122, art. 1, convertito con L. 25 giugno 1993, n. 205, alla L. 24 febbraio 2006, n. 85, art. 13, laddove hanno riformulato la L. 13 ottobre 1975, n. 654, art. 3, comma 1, lett. a), non abolisce il reato previsto dalla prima norma, ma configura una semplice modificazione del trattamento sanzionatorio, sostituendo la pena della reclusione sino a tre anni, comminata dalla prima norma, con la pena alternativa della reclusione fino a un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000,00 Euro, comminata dalla seconda norma. Del tutto

che prevede il delitto di propaganda di «idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico», nonché l'istigazione a commettere e la commissione di «violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

Si tratta di una norma di chiusura che, secondo la nozione di neo-razzismo sopra evidenziata, permette l'incriminazione anche delle condotte che di per sé non costituiscono autonoma fattispecie penale e cioè la perseguibilità di un ampio spettro di *hate-speeches* non riconducibili alla categoria *hate-crimes*³¹, inverando la convinzione che «le proibizioni penali siano necessarie allorquando il discorso dell'odio possa essere inteso come un incitamento, o ci si possa ragionevolmente attendere che abbia l'effetto di incitare altri a commettere atti di violenza, di intimidazione, di ostilità o di discriminazione nei confronti delle persone prese di mira»³².

Il bene giuridico dignità-persona, richiamato anche dall'ECRI, lungi dall'essere generalissimo, e come tale indeterminato³³, al cospetto di una più attenta ricostruzione della definizione di odio/razzismo calata nella realtà contemporanea, si specifica nella dignità di essere considerati come si è³⁴, ma, ancor di prima, di essere considerati “uomo”³⁵, senza alcun pre-giudizio/pre-

correttamente, pertanto, la Corte di merito ha osservato che nel caso di specie i termini “diffonde” e “propaganda” debbano ritenersi sostanzialmente equivalenti, posto che la diffusione di idee nella rete si risolve in sostanza nella propaganda delle stesse». La Corte ha dichiarato inoltre manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'articolo in esame per contrasto all'art. 21 Cost. sull'assunto che, la libertà di manifestazione del pensiero, non ha valore assoluto, ma deve essere coordinata con altri valori costituzionali di pari rango, quali quelli di cui all'art. 3 e 117, primo comma, Cost.

³¹ In accordo con tale ricostruzione si pone la proposta di legge 4077/2016 “*Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, al decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, e altre disposizioni in materia di contrasto dell'istigazione all'odio e alla discriminazione (hate speech)*”, presentata il 10 ottobre 2016 che, avendo quale finalità il sanzionare e reprimere il fenomeno dell'*hate speech* in tutte le sue manifestazioni, nonché il suo prevenirlo con azioni a carattere educativo e formativo, propone la seguente definizione di *hate speech*: «utilizzo di contenuti o espressioni mirati a diffondere, propagandare o fomentare l'odio, la discriminazione e la violenza per motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi, ovvero fondati sull'identità di genere, sull'orientamento sessuale, sulla disabilità, o sulle condizioni personali e sociali, attraverso la diffusione e la distribuzione di scritti, immagini o altro materiale anche mediante la rete internet, i social network o altre piattaforme telematiche».

E' evidente comunque come, onde evitare una esacerbazione dei conflitti e delle contrapposizioni che fisiologicamente connotano la società multiculturale, l'utilizzo di queste fattispecie dovrà essere «parsimonioso» e mai volto alla tutela semplicemente di una religione o convinzione. Si veda nota 13 ed in modo particolare S. CANESTRARI, *Libertà di espressione e libertà religiosa: pensioni attuali profili penali*, in in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2016, p. 936.

³² Cfr. Raccomandazione ECRI 15/2015.

³³ Autori autorevoli hanno denunciato come, in *subiecta materia*, la dignità venga in realtà spesso trasformata, dalla giurisprudenza, in un astratto valore al limite tra il sentimentalismo e la deificazione che paralizzerebbe il necessario bilanciamento con la libertà di espressione e l'analisi del “contingente”. Punire una manifestazione di pensiero in nome della dignità umana introdurrebbe inoltre un cortocircuito, perché la stessa libertà d'opinione è esplicazione della dignità umana individuale. Per tali motivi il bilanciamento dovrebbe rifarsi agli elementi costitutivi del diritto di critica ovvero sia verità, pertinenza e continenza. Cfr. A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, p. 55 ss.; A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 luglio 2013. Cfr. inoltre A. TESAURO, *La propaganda razzista tratto della dignità umana e danno ad altri*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2016, p. 962-977.

³⁴ Come chiarito in una recente sentenza della Cassazione si può essere discriminati per ciò che si fa ma non per ciò che si è. Cfr. Cass. pen., sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906.

³⁵ Vd. nota 26.

determinazione connessi ad elementi simbolici di un *gruppo*, senza alcuna inversione-sineddoche, e dona nuova forza a disposizioni già da tempo vigenti nel nostro ordinamento³⁶. Se di certo non può essere taciuto come la disciplina in questione sia stata più volte ritoccata in assenza di un organico progetto penalistico - e forse anche senza il necessario coordinamento con le disposizioni codicistiche³⁷, e presenti le criticità tipiche dei delitti d'opinione³⁸ - sembra comunque potersi affermare che l'urgenza di un nuovo intervento del Legislatore, volto a «sanzionare penalmente le campagne d'odio (insulti pubblici, diffamazione o minacce) contro persone o gruppi sulla base di pregiudizi e discriminazioni razziali, linguistici, religiosi, nazionalistici, etnici, sessisti, omofobici e transfobici»³⁹, potrebbe ben essere superata tramite la valorizzazione della natura personalistica delle fattispecie di incriminazione extra-codicistiche sopra richiamate⁴⁰, e la loro concreta applicazione innanzitutto da parte dei pubblici ministeri nella fase di formulazione dei capi di imputazione.

Auspicabile sarebbe però una svolta sul piano giurisprudenziale. Del tutto fuori luogo pare, infatti, l'utilizzo da parte delle Corti del criterio valutativo pregiudiziale del "comune sentire" per la definizione della categoria "uomini inferiori" suscettibili di esseri discriminati⁴¹. Il rischio è

³⁶ Cfr. D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 marzo 2015: Le limitazioni delle libertà dovrebbero essere poste a presidio «non di un'astratta dignità, ma di condizioni minimali della pari dignità, che è concetto relazionale. Questa prospettiva incorpora, congiuntamente, eguale libertà e uguale rispetto reciproco».

³⁷ Cfr. D. PULITANÒ, *Riforma dei reati d'opinione?*, in *Corriere giuridico*, 2006, n. 6, p. 745-746.

³⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2016, p. 84: «Questa moderna fattispecie di delitto d'opinione ha un fondamento di legittimazione solida, essendo posta a presidio di diritti fondamentali delle persone: raramente applicata, è anch'essa esposta a tutti i problemi che rendono così scivoloso il terreno dei reati d'opinione; ma può avere una funzione concreta da svolgere in un mondo pericolosamente segnato da fondamentalismi, razzismi, pulizie etniche». Cfr. inoltre M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso*, in *Questione Giustizia*, 4/2015, p. 37-46.

³⁹ Questa una delle raccomandazioni della Commissione "Jo Cox". Cfr. Relazione finale, approvata nella seduta del 6 luglio 2017, p. 121, in <http://www.camera.it/leg17/1313>. A livello di proposte di interventi normativi si segnala la Proposta di legge 688/2017, presentata il 7 febbraio 2017 "Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul web e incentivare l'alfabetizzazione mediatica", che suggerisce l'introduzione di un nuovo art. 265 *ter* c.p. volto a punire, con la reclusione non inferiore a due anni e con l'ammenda fino a euro 10.000, «ai fini della tutela del singolo e della collettività, chiunque si rende responsabile, anche con l'utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione online, di campagne d'odio contro individui o di campagne volte a minare il processo democratico, anche a fini politici».

⁴⁰ La non ricostruzione in chiave pluri-offensiva ed il mancato richiamo all'ordine pubblico permettono, perlopiù, il superamento delle problematiche insite nella nozione stessa di ordine pubblico (per le quali cfr. A. CAVALIERE, *La discussione intorno alla punibilità del negazionismo. I principi di offensività e libera manifestazione del pensiero e la funzione della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2016, p. 1001 ss.) e nella distinzione tra pericolo astratto e concreto. E' sul piano della offensività, ovvero della idoneità della condotta ad influire sul pensiero altrui, che dovrà essere operata la distinzione tra penalmente e non penalmente rilevante. Interessante a tal riguardo sarebbe l'approfondimento dell'ulteriore problematica dell'attuale assuefazione "degli ascoltatori" ai discorsi *latu sensu* pericolosi (Cfr. C. FIORE, *I limiti d'espressione dell'antagonismo politico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2016, p. 899).

⁴¹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381, con la quale la Corte ha ritenuto che l'espressione "sporca negra", rivolta a persona di pelle scura, integrasse gli estremi di ingiuria aggravata dalle finalità di discriminazione o di odio etnico e razziale prevista dalla Legge Mancino, in quanto correlata, nel comune sentire (ovvero all'accezione corrente adottata nel nostro territorio), proprio ad un pregiudizio di inferiorità razziale. Cfr. inoltre Cass. pen., sez. V, 28 gennaio 2010, n. 11590 con la quale la Corte, in riferimento alla frase ingiuriosa "italiano di merda", ha

quello di rafforzare, reiterandole, categorie stereotipate pur nell'ottica di tutela del soggetto debole, nonché quello di determinare "discriminazioni al rovescio". La risposta penale per la tutela del bene dignità deve ovviamente, rispettando il principio di offensività, essere parametrata, sulla base delle peculiarità del caso concreto, all'idoneità della manifestazione di influire sul pensiero/volontà altrui senza però aprioristiche inclusioni od esclusioni. Svincolarsi da tale schema logico, tramite la reale contestualizzazione della condotta, pare l'unica via possibile per proteggere non particolari convinzioni, ideologie, religioni, modi di vivere - peraltro con effetto di conferma della visione differenzialista espressa dall'*hater* - ma l'individuo in quanto tale.

3. *Hate speech* nel *cyberspace*

L'insidiosità dei discorsi d'odio acquista nuove pericolose sfumature allorché l'odio circoli nel "non-spazio" comunicativo contemporaneo.

Rispetto all'*hate speech offline*, nel *cyberspace* le manifestazioni d'odio tradizionali si differenziano per quattro aspetti fondamentali⁴², ovvero: la loro potenziale *permanenza* e *mobilità*, data la possibilità per gli utenti di accedere ai medesimi contenuti tramite numerosi siti *web* o *server* diversi⁴³; la *transnazionalità*, a fronte del superamento della dimensione spazio-temporale della rete; l'impatto dell'*anonimato*, che, quale scudo - vero o presunto - rispetto alle conseguenze delle proprie affermazioni, tende ad eliminare i freni inibitori⁴⁴.

Il «Protocollo addizionale» della Convenzione *Cybercrime* del 2001 (STE n. 189) prevede l'obbligo, per gli Stati membri, di incriminazione penale della diffusione o la messa a

escluso l'applicabilità dell'aggravante della finalità di odio/discriminazione anche perché «non si può ritenere che il riferimento all'italiano», nel comune sentire, nel nostro territorio, in cui l'italiano è stragrande maggioranza e classe dirigente, sia correlato ad un sentimento che può dare luogo ad un pregiudizio corrente di inferiorità». Come evidenziato dal prof. Spena: «Al pari dell'odiatore, anche la società qualifica le condizioni discriminanti come situazioni di "inferiorità", sebbene lo faccia nell'ottica di proteggere chi (per assunto) vi versa contro le espressioni d'odio che lo prendono ad oggetto. Per quanto muovano in direzioni diverse, il discorso d'odio e il discorso sul discorso d'odio usano, insomma, le stesse categorie concettuali stereotipanti [...]. L'effetto di quest'uso è una stereotipizzazione non solo del discorso d'odio, ma più in generale del discorso pubblico, il quale, anche quando si rivolga contro il discorso d'odio, finisce per reiterarne l'universo concettuale, facendovi da cassa di risonanza» (A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, cit., p. 602 ss.).

⁴² Cfr. I. GAGLIARDONE, D. GAL, T. ALVES, G. MARTINEZ, *Countering Online Hate Speech*, UNESCO Publishing, Francia, 2015.

⁴³ Cfr. U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di internet*, trad. it. a cura di Sforzi, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1997, p. 1219 ss.

⁴⁴ Cfr. D. KEATS CITRON, *Cyber Civil Rights* (December 18, 2008). Boston University Law Review, Vol. 89, pagg. 61-125, 2009; U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2008-41; D. KEATS CITRON, H. L. NORTON, *Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship for Our Information Age* (2011). Boston University Law Review, Vol. 91, p. 1435, 2011; U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2011-16. Cfr. inoltre le interessanti riflessioni sull'"uomo-massa" in A. SPENA, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, cit., p. 580 ss.

disposizione tramite sistema informatico di materiale razzista o xenofobo⁴⁵.

La definizione di “materiale razzista e xenofobo”, riportata all’art. 2 del Protocollo, risulta totalmente assimilabile all’*hate speech bias motivated*, ricomprendendo qualsiasi materiale scritto, immagine o ogni altra rappresentazione relativa a idee o teorie, che inciti all’odio, alla discriminazione o alla violenza contro una o più persone, con la motivazione della razza, del colore, dell’origine nazionale o etnica, della religione⁴⁶.

Il Disegno di legge di ratifica del Protocollo, che era in esame al Senato nell’ottobre 2017 (AS 2471) e risulta ad oggi silente, integrava la disciplina dell’art. 3 della legge 654/1975 e ne colmava la lacuna in riferimento alle modalità di condotta⁴⁷, prevedendo le nuove fattispecie di reato consistenti nella distribuzione, divulgazione, diffusione o pubblicizzazione del materiale razzista o xenofobo⁴⁸ e la possibilità che tali condotte, oltre che quelle di propaganda o istigazione all’odio, fossero realizzate con qualsiasi mezzo, anche informatico o telematico⁴⁹.

Nell’attesa dell’intervento legislativo, i Tribunali di merito e la Cassazione hanno in più occasioni affermato che, dovendosi intendere per “propaganda” la diffusione di messaggi volta a influenzare idee e comportamenti dei destinatari, l’utilizzo delle nuove tecnologie di comunicazione, quali i *social network* o i siti *web*, integra *ex se* il *modus operandi* di cui all’art. 3 della legge 654/1975.

La diffusione di idee fondate sulla superiorità, secondo le Corti, tanto più efficace quanto ci si affidi alla rete, si risolve in sostanza nella propaganda delle stesse.

Se indubbe risultano le capacità *latu sensu* diffuse di *social* quali *Facebook* o *Twitter*, essendo loro peculiarità non solo la veicolazione ma anche la possibile amplificazione dei messaggi

⁴⁵ Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, relativo all’incriminazione di atti di natura razzista e xenofobica commessi a mezzo di sistemi informatici, Strasburgo, 28 gennaio 2003, art. 3: «*Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally and without right, the following conduct: distributing, or otherwise making available, racist and xenophobic material to the public through a computer system*». Il Protocollo è stato sinora ratificato da 24 Paesi, mentre 14 Stati, tra cui l’Italia, lo hanno meramente firmato (la firma dell’Italia è datata data 9 novembre 2011). Sulla Convenzione *Cybercrime* cfr. L. PICOTTI, *Internet e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell’armonizzazione internazionale*, in *Diritto dell’Internet*, 2005, n. 2, p. 189 ss.

⁴⁶ Art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica: «*For the purposes of this Protocol: “racist and xenophobic material” means any written material, any image or any other representation of ideas or theories, which advocates, promotes or incites hatred, discrimination or violence, against any individual or group of individuals, based on race, colour, descent or national or ethnic origin, as well as religion if used as a pretext for any of these factors*».

⁴⁷ Il Disegno di legge in esame prevedeva, inoltre, la rilevanza penale della distribuzione di pubblicazioni che negano o minimizzano grossolanamente, giustificano o approvano il genocidio o i crimini di guerra e contro l’umanità previsti all’art. 6 del Protocollo. Con Risoluzione 2144/2017 “*Ending cyberdiscrimination and online hate*” (in *assembly.coe.int*) l’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa ha nuovamente invitato gli Stati alla ratifica del Protocollo.

⁴⁸ E’ evidente che il richiamo, nella definizione di materiale razzista xenofobo, all’incitamento all’odio non permette di estendere la configurabilità del reato in questione al caso di semplice condivisione di contenuti inidonei ad influenzare le idee ed i comportamenti del pubblico, rispettando, quindi, il principio di offensività.

⁴⁹ Resta immutata la pena della reclusione fino ad un anno e sei mesi o la multa fino a 6.000 euro.

condivisi⁵⁰, una maggiore attenzione alla casistica, forse, suggerirebbe di operare qualche distinzione⁵¹. Solo ove l'accesso a tali contenuti sia permesso ad un numero cospicuo di soggetti oppure se si tratta di una pagina "aperta", senza barriere a protezione della *privacy*, si potrebbe infatti effettivamente configurare quella divulgazione volta a «condizionare o influenzare la psicologia di un vasto pubblico in modo da raccogliere adesioni intorno all'idea propagandata»⁵², che, per la Cassazione, identifica il concetto di "propagandare" ai sensi della legge 654/1975. Diversamente, qualora il messaggio possa essere visionato solo da pochi soggetti, ferma restando la sussistenza di altre eventuali fattispecie penali, non pare potersi applicare il reato in questione.

L'assunto della circolazione dell'odio tra un gruppo di persone indeterminato, o comunque apprezzabile per composizione numerica, non può assolutamente essere generalizzato con riguardo all'utilizzo del mezzo informatico o telematico, né tanto meno con riguardo allo specifico universo dei *social*. Si considerino ad esempio gli innumerevoli casi di profili *Facebook* privati condivisi con una cerchia molto ristretta e determinata di "amici".

Riflettendo sul concetto di diffusione/propaganda, l'interrogativo circa il numero minimo di destinatari dei messaggi offensivi si pone come nodo fondamentale da risolvere onde garantire il corretto inquadramento giuridico delle manifestazioni fenomenologiche. Pensiamo, infatti, all'ipotesi della condivisione di materiale razzista tramite scambio di mail o messaggi in *chat private*⁵³.

⁵⁰ Cfr. *ex multis* Tribunale Padova, 20 aprile 2011, n. 844: «[...] Facebook ha evidentemente rivelato enormi capacità divulgative: la sua caratteristica è quella di veicolare e amplificare il messaggio che si vuole comunicare in maniera esponenziale, accentuandone e ampliandone i caratteri peculiari. [...] Facebook permette la diffusione immediata e diretta di idee e opinioni, pubblicandole su uno spazio che solo in apparenza è personale, ma in realtà è esibito e condiviso con milioni di altre persone». Cfr. C. SILVA, *Quando la discriminazione razziale si trasferisce su Facebook*, in *Archivio penale*, 2012, n. 3; A. FERRETTI, *Odio razziale su internet in forma associativa per il responsabile di una sezione italiana di un blog straniero*, in *Diritto e Giustizia*, 2013, p. 1048.

⁵¹ Ad esempio, in materia di diffamazione, se in linea generale l'utilizzo della *e-mail* è stata equiparato ai tradizionali mezzi di trasmissione delle comunicazioni scritte, quali il servizio postale o il telegrafo, ed in quanto tale non è stato ritenuto idonea ad integrare l'aggravante di cui all'art. 595, comma 3, c.p., nel caso specifico di *e-mail forwarding* a pluralità di destinatari la Corte non ha mancato di qualificarlo come "mezzo di pubblicità" (Cfr. Cass. pen., sez. V, 6 aprile 2011 n. 29221).

⁵² Cfr. Cass. pen., sez. III, 14 settembre 2015, n. 36906.

⁵³ Nel diverso caso della pedopornografia minorile, la Suprema Corte ha chiarito come la divulgazione/distribuzione implicano una comunicazione con un numero indeterminato di persone che il semplice utilizzo di *Internet* non vale di per sé ad assicurare: «[...]Perché vi sia divulgazione o distribuzione occorre, invece, che l'agente inserisca le foto pornografiche minorili in un sito accessibile a tutti, al di fuori di un dialogo "privilegiato", o le invii ad un gruppo o lista di discussione, da cui chiunque le possa scaricare, o le invii bensì ad indirizzi di persone determinate ma in successione, realizzando cioè una serie di conversazioni private (e, quindi, di cessioni) con diverse persone (come nella specie contestato all'indagato, ma da questi negato). Di conseguenza, quando la cessione avvenga, come nel caso in esame, attraverso un canale di discussione (cosiddetta chat line), è necessario verificare, al fine della contestazione dell'ipotesi del terzo comma, se il programma consenta a chiunque si colleghi la condivisione di cartelle, archivi e documenti contenenti le foto pornografiche minorili, in modo che chiunque possa accedervi e, senza formalità rivelatrici di una sua volontà specifica e positiva, prelevare direttamente le foto. Laddove, invece, il prelievo avvenga solo a seguito della manifestazione di volontà dichiarata nel corso di una conversazione privata, si versa nell'ipotesi più lieve di cui al quarto comma». Cfr. Cass. pen., sez. V, 3 febbraio

Se l'intervento del Legislatore di ratifica del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, data la specificità dei nuovi strumenti di comunicazione, risulta sicuramente di una certa importanza, non può comunque non rilevarsi come il mero ed indistinto richiamo all'utilizzo del "mezzo informatico" richiederà uno sforzo conoscitivo del caso concreto da parte del formante giurisprudenziale a tutela del principio di proporzionalità rispetto al reale contenuto di offensività del fatto commesso.

4. *E-hate speech* e neo-terrorismo

L'ondata di terrorismo a cui si assiste a partire dall'11 settembre 2001, contraddistinta da una diffusione globalizzata e da peculiarità che la rendono unica rispetto al passato, quali l'adozione di strategie tipicamente belliche e l'ubiquità degli obiettivi sacrificali e delle cellule degli attentatori⁵⁴, si nutre delle potenzialità della rete⁵⁵. Le nuove tecnologie vengono sfruttate sapientemente durante tutto il ciclo vitale delle cellule terroristiche, dalla fase del reclutamento di nuovi adepti a quella esecutiva degli attacchi⁵⁶.

La logica della contrapposizione fedele/infedele, che arriva a legittimare l'impiego dei *kamikaze*, connette strettamente il fenomeno terroristico attuale agli *hate crimes*, e manifesta le conseguenze più estreme del razzismo inteso in senso lato e della discriminazione culturale-religiosa. La vittima viene completamente depersonalizzata, essendo colpita non in quanto individuo, ma per fini dimostrativi⁵⁷.

Di grande attualità risulta quindi la problematica della diffusione dell'odio nel *cyberspace* da parte non solo di gruppi terroristici, ma anche e soprattutto dei cd. "simpatizzanti", ovvero dei soggetti che, pur non aderendo all'associazione, manifestano la propria condivisione all'ideologia integralista⁵⁸.

Dal punto di vista strettamente penale, infatti, se per i primi potrà trovare applicazione l'art 270 *bis* c.p.⁵⁹, per i secondi la finalità terrorista impatta sull'articolata realtà descritta nei

2003, n. 4900.

⁵⁴ Cfr. L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti - relazione di sintesi del VII corso di diritto e procedura penale "Giuliano Vassalli" per dottorandi e giovani penalisti* (SII-AIDP gruppo italiano – Noto, 11-13 Novembre 2016), in *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2017, p. 249-263; F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, 2016, p. 13 ss.

⁵⁵ Cfr. G7 2017 Taormina, *Taormina Statement on the Fight Against Terrorism and Violent Extremism*, in <http://www.governo.it/articolo/g7-dichiarazione/7470>.

⁵⁶ Cfr. R. FLOR, *Cyber-terrorismo e diritto penale in Italia*, in R. WENIN, G. FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità*, cit., in modo particolare p. 325 nota 1.

⁵⁷ Cfr. Cass. pen., sez. V, 11 giugno 2008, n. 31389. Come evidenziato dalla Corte, la depersonalizzazione non riguarda solo la vittima ma anche il carnefice, «ridotto a mero strumento, appunto, di una violenta strategia comunicativa».

⁵⁸ Cfr. G. ZICCARDI, *L'odio online. Violenza verbale e ossessione in rete*, Cortina, 2016, p. 147 ss.

⁵⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270-bis c.p. nella recente esperienza*

precedenti paragrafi, rendendo ulteriormente complessa l'individuazione delle fattispecie di riferimento⁶⁰.

Con particolare riguardo al fondamentalismo islamista, premessa la natura di organizzazioni terroristiche rilevanti ex art. 270 *bis* c.p. delle consorterie di ispirazione jihadista operanti su scala internazionale⁶¹, la condotta di chi inneggia *online* allo Stato islamico e alle sue gesta potrebbe configurare il reato di apologia aggravata di cui all'art. 414, comma 4, c.p.⁶².

La Suprema Corte, di recente, analizzando i limiti e le condizioni necessari per l'applicabilità di tale delitto, ha puntualmente chiarito innanzitutto come sia essenziale che le modalità attraverso le quali viene esternata la comunicazione siano connotate da potenzialità diffusiva per il fatto di essere destinate ad un numero indeterminato di soggetti, non riconducibile ad un ambito strettamente interpersonale. I messaggi, i video o le immagini dovranno essere

giurisprudenziale, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3953.

⁶⁰ Cfr. M. MONTI, *L'hate speech terroristico e le risposte ordinamentali: profili di costituzionalità dell'espulsione ministeriale*, in F. DAL CANTO - P. CONSORTI - S. PANIZZA (a cura di), *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, Pisa, 2016, p. 69-88; E. MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2017, p. 26-43.

⁶¹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 11 giugno 2008, n. 31389: «Se pure la matrice islamico-integralista non è certamente - di per sé sintomatica della natura terroristica della associazione che tale dottrina professa e propugna, non di meno la costituzione di un sodalizio criminoso, avente la caratteristiche di cui all'art. 270 bis c.p., non può dirsi esclusa per il fatto che lo stesso sia imperniato, per lo più, attorno a nuclei culturali che si rifanno all'integralismo religioso, perchè, al contrario, proprio i rapporti ideologico-religiosi, sommandosi al vincolo associativo che si proponga il compimento di atti di violenza con finalità terroristiche, lo rendono ancor più pericoloso».

⁶² L'aumento di pena per l'istigazione/apologia concernente i delitti di terrorismo (o crimini contro l'umanità) è stato introdotto nel 2005 con il cd. decreto Pisanu (d.l. 144/2005 convertito in l. 155/2005), mentre l'ulteriore aumento se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici risale al 2015 (d.l. 7/2015 convertito in l. 43/2015). Critiche si sono registrate in dottrina con riguardo a tale seconda novità, apportata dal decreto anti-terrorismo. La norma risponderrebbe, per alcuni, alla funzione di incriminare più gravemente l'agente per le sue conoscenze/capacità "informatiche", rendendo manifesto il pericolo dell'approdo, nel settore in questione, ad un diritto penale dell'autore. Cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2015, p. 234; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, p. 945. Nonostante l'utilizzo del verbo «è aumentata», la circostanza, a parere di chi scrive, non può di certo essere considerata come obbligatoria. Il giudice dovrà comunque valutare la reale maggior diffusività del messaggio connessa all'utilizzo dello strumento informatico specifico. Cfr. in tal senso E. MAZZANTI, *L'adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell'immigrazione*, cit., in modo particolare nota 37. Cfr. inoltre L. PICOTTI, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti*, cit., p. 261: «Dunque l'aggravamento di pena, addirittura oltre il limite comune di un terzo nei casi in esame, non si giustifica da un punto di vista sistematico e sembra esprimere soltanto un atteggiamento di timore per le nuove tecnologie, che si affianca paradossalmente a quello per la moschea od i luoghi di culto in cui si ritiene (apoditticamente) avvengano in prevalenza commessi tali delitti. Ma come ho recentemente sottolineato, la "paura", se non riluttanza così espressa nei confronti della tecnologia informatica e telematica, vista come minaccia globale cui viene data una risposta peraltro non congrua, non consente di distinguere fra singoli modi e strumenti, eventualmente limitabili, ed interventi invece utilizzabili positivamente, proprio per contrastare il terrorismo, ad esempio raccogliendo, incrociando ed analizzando prove nel *Cyberspace*. Questo è dunque il punto: se c'è un'approssimativa considerazione del dato tecnico, se c'è la sottovalutazione del contenuto specifico delle attività da contrastare o dei dati da ricercare nello spazio cibernetico, e degli strumenti più efficaci da utilizzare, è chiaro il rischio d'interventi indiscriminati, che non riescono a discernere fra diversi livelli e modi dell'azione preventiva o repressiva, violando lo stesso principio di proporzione».

liberamente visibili da chiunque⁶³. Deve quindi ritenersi esclusa l' idoneità delle *chat* private, anche messe a disposizione dai *social network*, a soddisfare tale requisito, stante il contesto esclusivamente privato nel quale si svolgono le comunicazioni.

Nel caso particolare dell' utilizzo dei *social network*, quali *Facebook*, la Corte ha perlopiù chiarito che, nel considerare la portata apologetica dei *post*, la brevità della durata della condivisione sul proprio profilo così come la circostanza che nel concreto la diffusione sia avvenuta mediante il semplice *click* dell' opzione “mi piace” non devono avere alcun rilievo, «attesa la comunque imm modificata funzione propalatrice svolta in tale contesto dal social network facebook»⁶⁴.

Nessuna traccia vi è purtroppo nella sentenza in esame circa l' analisi effettiva del profilo *social* dell' imputato in merito alle opzioni di condivisione dello stesso e dei singoli contenuti⁶⁵.

Confonde in modo particolare il richiamo da parte delle Corte dell' «inesistenza di vincoli di accesso»⁶⁶.

Come evidenziato anche nel precedente paragrafo, non sembra infatti condivisibile l' assimilazione di *default* tra sito sito *Internet* liberamente consultabile e pagina *Facebook*, pur nella consapevolezza che quest' ultimo ha le potenzialità per essere canale telematico con il quale effettuare la condotta apologetica.

Quale reato di pericolo concreto posto alla tutela dell' ordine⁶⁷, la fattispecie in questione richiede inoltre una attenta valutazione del giudice circa il rischio effettivo della consumazione di ulteriori reati derivanti dall' attività di apologia, anche tramite la valorizzazione della condizione personale dell' autore e delle circostanze di fatto nelle quali si esplica la condotta, nonché degli eventuali contatti intercorrenti con altri soggetti già indagati per terrorismo⁶⁸.

Aldilà di un possibile giudizio circa la linearità della ricostruzione degli elementi sulla base dei

⁶³ Cfr. Cass. pen., sez. I, 15 maggio 2017, n. 24103.

⁶⁴ Cfr. Cass. pen., sez. V, 25 settembre 2017, n. 55418.

⁶⁵ Al di là delle singole *chat* private è possibile scegliere chi può visualizzare il proprio profilo *Facebook* nonché i singoli contenuti (<https://it-it.facebook.com/help/393920637330807/>; <https://it-it.facebook.com/help/459934584025324/>).

⁶⁶ Cfr. Cass. pen., sez. V, 15 maggio 2017, n. 24103: «Ne consegue che il percorso argomentativo seguito dal provvedimento impugnato appare fondato su premesse valutative incongrue e contrastanti con le risultanze processuali, nel valutare le quali occorre tenere presente che la diffusione delle videoregistrazioni su *Facebook* da parte del D., per il loro inserimento su un *social network* privo di vincoli di accesso e per il chiaro riferimento al conflitto bellico siriano-iracheno e all' *Isis* che ne è parte attiva non secondaria, non potevano ritenersi caratterizzate da una matrice esclusivamente ideologica e religiosa dei messaggi ad essi sottesi».

⁶⁷ Cfr. Corte Costituzionale sent. 65/1970.

⁶⁸ Cfr. Cass. pen., sez. I, 6 ottobre 2015, n. 47489. In tal senso anche la recente Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2017 sulla lotta contro il terrorismo, che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio. Il considerando 10, infatti, prevede che: «I reati riconducibili alla pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo comprendono, tra l' altro, l' apologia e la giustificazione del terrorismo o la diffusione online e offline di messaggi o immagini, comprese quelle riguardanti le vittime del terrorismo, quale mezzo per raccogliere sostegno alle cause dei terroristi o intimidire gravemente la popolazione. Tale condotta dovrebbe essere punibile qualora comporti il pericolo che possano essere commessi atti terroristici. Per ogni caso concreto, nell' esaminare se sussista un siffatto pericolo, si dovrebbe tenere conto delle specifiche circostanze del caso, come l' autore e il destinatario del messaggio, nonché del contesto in cui l' atto è commesso. Nell' applicare la presente disposizione sulla pubblica provocazione conformemente al diritto nazionale, è opportuno tenere conto altresì dell' entità e della natura verosimile del pericolo». Per un commento alla Direttiva cfr. S. SANTINI, *L' Unione Europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2017.

quali i giudici di merito motivano e danno conto del proprio convincimento riguardo all'esistenza di un pericolo per la collettività, e delle considerazioni sul dibattuto significato da attribuire alla nozione di "ordine pubblico"⁶⁹, ciò che preme in questa sede evidenziare è che il contenuto diffuso, oggetto di analisi per l'applicazione dell'art. 414 c.p., ben potrebbe rilevare anche per l'applicazione del reato di cui all'art. 3 della legge 654/1975.

Premesso che diffondere tramite *social* (con condivisione pubblica) idee fondate sulla superiorità significa propagandare le stesse, il diffondere tramite *social* (con condivisione pubblica) giudizi positivi di valore rispetto alle attuali stragi terroristiche e al contempo disprezzare gli altri-*infedeli* non dovrebbe risultare protetto dall'art. 21 Cost. Si tratta pur sempre di contenuti razzisti che, ove superino il vaglio dell'offensività, sono vietati dalla legge 645/1975. Di certo, grazie alla ratifica del Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest e alla chiara definizione di "materiale razzista e xenofobo" ai sensi dell'art. 2⁷⁰, non vi dovrebbero più essere dubbi in tal senso e, nel pieno rispetto della libertà di pensiero e di comunicazione interpersonale dello stesso⁷¹, se ne potrà arginare l'inaccettabile condivisione pubblica⁷².

5. Riflessioni in merito alla responsabilizzazione dell'*Internet Service Provider*

La diffusione nel *web* dei contenuti d'odio impone un ripensamento non solo delle problematiche connesse all'individuazione e applicazione delle fattispecie penali agli autori delle condotte, ma anche dell'annosa questione della responsabilità/responsabilizzazione degli *Internet service providers (ISP)*, ossia dei soggetti che, a diversi livelli, gestiscono il flusso d'informazioni che transitano via *Internet*.

⁶⁹ Secondo la Corte Costituzionale l'ordine pubblico dovrebbe essere inteso, con riguardo a tale fattispecie, nel senso di "ordine pubblico costituzionale", che ricomprende l'insieme dei principi fondamentali che riassumono l'ordine legale di una convivenza sociale ispirata ai valori costituzionali (Cfr. Corte Costituzionale sent. n. 168 del 1971). In dottrina si registra, inoltre, la lettura del concetto di ordine pubblico come condizione di pacifica convivenza immune da disordine violenza (cd. ordine pubblico in senso materiale) ovvero come insieme di principi e valori immanenti all'ordinamento giuridico (cd. ordine pubblico ideale). Cfr. *ex multis* C. FIORE, *Ordine pubblico, voce Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1084 ss.

⁷⁰ V. nota 45.

⁷¹ Come acutamente evidenziato in dottrina, di fronte alle nuove tecnologie, a causa della «sovrapposizione tra le varie modalità espressive e comunicative», la distinzione tra libertà di pensiero tutelata dall' art. 21 Cost. e libertà di comunicazione e corrispondenza *ex art. 15 Cost.* diviene sicuramente sempre più complessa. Cfr. R. ZACCARIA, *Il dissenso politico ideologico alla luce dei principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2016, p. 875. E' evidente comunque che, distinguendo tra usi della rete che permettono la comunicazione personale (es. servizi di messaggistica privata) e usi che comportano la diffusione del contenuto, è possibile nel primo caso «riaffermare il principio della libertà di corrispondenza - che include la sua segretezza - e dunque un regime che interviene per stabilire i rarissimi casi in cui può essere limitata (ad es. per i detenuti) o violata (ad es. con le intercettazioni)». Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione*, cit., p. 131.

⁷² Tali conclusioni sembrano totalmente in linea con le indicazioni del Parlamento Europeo cfr. *Comunicazione strategica dell'Unione europea per contrastare la propaganda contro di essa a opera di terzi - Risoluzione del Parlamento europeo del 23 novembre 2016 sulla comunicazione strategica dell'UE per contrastare la propaganda nei suoi confronti da parte di terzi (2016/2030 (INI))*, in www.europarl.europa.eu.

Dei profili di responsabilità degli ISP si è occupata la Direttiva n. 31 del 2000⁷³, con la quale si è optato per un regime di responsabilità “orizzontale” che si applica sia in caso di illeciti civili che penali ed abbraccia la totalità dei contenuti⁷⁴.

Essa ha trovato attuazione nel nostro Paese tramite il Decreto Legislativo del 9 aprile 2003, n. 70, il quale, fatta eccezione che per qualche profilo, è totalmente in linea con le scelte europee, e risulta privo di disposizioni chiarificatrici od innovative⁷⁵.

La normativa in esame esclude, *expressis verbis*, che in capo agli intermediari sussistano obblighi generali di sorveglianza dei contenuti trasmessi/memorizzati o di ricerca attiva di fatti/circostanze dalle quali emergano profili di illiceità⁷⁶, ed è contraddistinta dalla previsione di esoneri della responsabilità diversificati in base alla attività concretamente svolta dagli ISP. A tal proposito, i cd. *safe harbours* sono totali nel caso di semplice trasporto⁷⁷ e memorizzazione temporanea dei contenuti⁷⁸, mentre risultano più stringenti per l’attività di memorizzazione

⁷³ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 8 giugno 2000, “*Relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell’informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»)*”, pubblicata sulla G.U. del 17.07.2000.

⁷⁴ Le soluzioni della Direttiva 2000/31/CE, per la loro ragionevolezza e praticabilità, sono dotate di una applicabilità generalizzata: «la normativa si innesta in un quadro generale che ribadisce la libertà della telematica e che fornisce la cornice di riferimento anche per la riflessione penalistica». Cfr. G. CORRIAS LUCENTE, *Ma i network providers, i service providers e gli access providers rispondono degli illeciti penali commessi da un altro soggetto mediante l’uso degli spazi che loro gestiscono?*, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, p. 2523.

⁷⁵ L’atteggiamento “cauto” e di passivo accoglimento del Legislatore italiano è stato perlopiù oggetto di numerose critiche in dottrina. Per la complessità del tema e la difficoltà di comprendere appieno concetti vaghi disseminati nel tessuto normativo europeo, la ratifica della Direttiva europea tramite il d.lgs. n. 70/2003 rappresenta un’occasione persa per fissare disposizioni precise in tema di responsabilità dei *providers* e, per alcuni versi, ha acuito dubbi e incertezze riscontrate in ambito giurisprudenziale ancor prima della sua entrata in vigore. Cfr. in tal senso M. G. RICCIO, *La responsabilità degli internet providers nel d.lgs. n. 70/03*, in *Danno e Responsabilità*, n. 2/2003, p. 1157. Fortemente critico dell’impostazione adottata dal Legislatore, non solo a livello linguistico ma redazionale nel suo complesso, anche V. ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs. 70/03*, in *Il Diritto dell’Informazione e dell’Informatica*, n. 3/2003, p. 505.

⁷⁶ Cfr. 17 d.lgs. n. 70/2003.

⁷⁷ Ricalcando quasi pedissequamente la formula di cui all’art. 12 della direttiva summenzionata, l’art. 14 del d.lgs. n. 70/2003 prevede un’esenzione della responsabilità nell’ambito dell’attività di *mere conduit* ovvero di semplice trasporto (inclusa la «memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo»), che opera quando il *provider* non da origine alla trasmissione, non ne seleziona il destinatario e non modifica i contenuti. Si tratta di un *safe harbour* di tipo oggettivo, previsto in ragione dell’assenza totale di controllo da parte dell’ISP dei contenuti che transitano sulla propria rete. L’irresponsabilità è quindi connessa al ruolo passivo ed automatico svolto dall’operatore.

⁷⁸ Ai sensi dell’art. 15 d.lgs. n. 70/2003, nel caso di cd. *caching*, ovvero memorizzazione effettuata al solo scopo di facilitare il successivo inoltro dei contenuti richiesto da altri destinatari, il prestatore non è responsabile se si mantiene neutrale rispetto alle informazioni ovvero a condizione che: «a. non modifichi le informazioni; b. si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c. si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d. non interferisca con l’uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull’impiego delle informazioni; e. agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l’accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state

duratura⁷⁹. Il controllo del soddisfacimento dei requisiti in questione deve essere realizzato in una fase precedente e propedeutica all'esame delle disposizioni di riferimento. Il d.lgs. 70/2003 non contiene cioè una regolamentazione autonoma della responsabilità dei *providers*, ne' distingue tra profili penalistici, civilistici o di diritto pubblico, ma costituisce una sorta di filtro per la successiva applicazione delle normative specifiche.

Non si intende in questa sede ripercorrere i dubbi e le perplessità espressi dal formante dottrinale e giurisprudenziale in ordine alla possibilità di configurare una responsabilità penale degli intermediari⁸⁰. Come noto, fatta eccezione per le ipotesi di realizzazione di violazioni dirette delle norme da parte dell'ISP, in relazione alle quali, secondo orientamento ormai consolidato, troverà applicazione il normale paradigma della responsabilità per fatto proprio, la tematica ha suscitato ampi dibattiti con riguardo agli illeciti commessi dagli internauti⁸¹: oltre al

rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione».

⁷⁹ Ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 70/200, nell'ambito dell'attività di memorizzazione duratura dei contenuti cd. *hosting*, il *provider* non risponde a condizione che «a. non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione; b. non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso». Alcuni autori sostengono che l'immunità non operi solamente ove ricorrano entrambe le condizioni *sub* a) e b), altri, invece, le considerano come alternative. Sul punto cfr. F. GIOVANELLA, *La responsabilità per linking a files audiovisivi contraffatti e l'incerta natura del motore di ricerca*, in *Danno e Responsabilità*, n. 8-9/2011, p. 847.

⁸⁰ Si consenta il rinvio a L. CASTELLANI, *Internet Service Provider delinquere et puniri potest?*, Tesi di dottorato, Verona, Giugno 2016 anche per la giurisprudenza e dottrina di riferimento. In modo particolare cfr. U. SIEBER, *Responsabilità penali per la circolazione di dati nelle reti internazionali di computer. Le nuove sfide di internet*, trad. it. a cura di Sforzi, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1997, p. 743 ss. – p. 1193 ss.; S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su Internet*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1998, p. 745 ss.; L. PICOTTI, *La responsabilità penale dei service-providers in Italia*, in *Diritto penale e processo*, n. 3/1999, p. 501 ss.; V. Z. ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio elettronico dettata dal d.lgs. 70/03*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 3/2003, p. 505 ss.; A. MANNA, *I soggetti in posizione di garanzia*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2010, p. 779 ss.; L. LUPARIA (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012; L. PICOTTI, F. RUGGIERI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, Milano, 2012; R. FLOR, *Social Networks e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 3/2012, p. 647 ss.; O. POLLICINO, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 31 Dicembre 2013.

⁸¹ Cfr. D. MINOTTI, *Responsabilità penale: il provider è tenuto ad "attivarsi"?*, in *www.interlex.it*, 5 Maggio 2003; V. IANNI, *La responsabilità in sede penale dell'internet service provider alla luce dei più recenti decisa giurisprudenziale*, in *www.neldiritto.it*, 1 Marzo 2011. A livello giurisprudenziale italiano si segnala un primo orientamento che ha negato la possibilità di riconoscere una responsabilità penale dell'ISP in relazione ai contenuti condivisi dagli utenti (cfr. in modo particolare le decisioni del caso *Google v. Vivi Down*: Tribunale di Milano, sent. 12 aprile 2010, n. 1972 con nota di C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2010, p. 617 ss.; V. PEZZELLA, *Google Italia, diffamazione e riservatezza: il difficile compito del provider (e del giudice)*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 9/2010, p. 2232 ss.; F. CAJANI, *Quella Casa nella Prateria: gli Internet Service Providers americani alla prova del caso Google Video*, in L. PICOTTI, F. RUGGIERI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, Milano, 2012, p. 223 ss. Corte d'Appello di Milano, sent. 27 febbraio 2013, n. 8611 con nota di E. BASSOLI, *Esclusa la responsabilità penale di Google per violazione di dati personali da parte di materiale multimediale immesso da terzi*, in *Rivista penale*, n. 5/2013, p. 558 ss.; F. RESTA, *Libertà della rete e protezione dei dati personali: ancora sul caso Google-Vivi Down*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2013, p. 502 ss.; Cassazione

concorso commissivo⁸² discussa è anche la configurabilità di una responsabilità penale a livello omissivo dell'ISP, ovvero per mancato impedimento dell'evento secondo il paradigma dell'art. 40 cpv. c.p., che comporterebbe la punibilità a titolo autonomo (nel caso dei reati a forma libera) o, combinandosi con la disposizione di cui all'art. 110 c.p., per concorso omissivo nel reato realizzato dagli utenti.

Ciò che più preme evidenziare è che, sia a livello nazionale che europeo, si registra la tendenza politica alla valorizzazione del ruolo degli ISP, ed in modo particolare del fornitore del servizio di *hosting*, sia nella fase di prevenzione che in quella di contrasto degli illeciti⁸³.

penale, sent. 17 dicembre 2013, n. 5107, con nota di A. INGRASSIA, *La sentenza della Cassazione sul caso Google*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 Febbraio 2014). Di recente, invece, è stato per la prima volta riconosciuto dalla Corte di Cassazione che il mantenere consapevolmente sul proprio sito un commento diffamatorio, inserito da un terzo, consente al contenuto di esercitare la propria efficacia diffamatoria, costituendo quindi contributo rilevante ai sensi dell'art. 110 c.p. (cfr. Cassazione penale, sent. 27 dicembre 2016, n. 54946).

⁸² Ovviamente nel caso di illeciti commessi dall'ISP nella veste coautore, pur essendo pacifica la responsabilità, numerose saranno le difficoltà probatorie connesse alla dimostrazione del dolo di partecipazione, discriminare dei contributi rilevanti. Certo le difficoltà insite nelle complesse indagini in ordine al requisito subiettivo correlato ad attività che, nella maggior parte dei casi, sono perlomeno parzialmente automatizzate, amplificano il potere discrezionale del giudice ed il rischio di pronunce diametralmente opposte è latente. In tal senso cfr. L. PICOTTI, *Internet e responsabilità penali*, cit., p. 122 ss. Le pronunce giurisprudenziali italiane occupatesi del concorso del *provider* nell'altrui reato si sono in realtà concentrate, tendenzialmente, non tanto sull'elemento soggettivo quanto su quello oggettivo. Si è registrata infatti una tendenza, certo non sempre lineare, a rintracciare il *quid pluris* idoneo a qualificare la condotta dell'ISP in termini di contributo ai sensi dell'art. 110 c.p. tramite particolari indici rivelatori della "non passività" del *provider*, per sé stessi idonei ad impedire l'applicazione delle esenzioni di cui al d.lgs. n. 70/2003. Cfr. *ex multis* Cassazione penale, sent. 29 settembre 2009, n. 49437, caso *The Pirate Bay*. A ben vedere questo filone di pronunce sembra basato su un'erronea lettura della Direttiva 2000/31/CE ed in modo particolare dei *Considerando 42 e 44*, che si occupano segnatamente di *mere conduit* e di *caching providers* e del *Considerando 46*, in tema di attività di *hosting*. La possibilità di creare una categoria di intermediari atipici che, proprio per la modalità di gestione dei contenuti offerti dagli utenti, ad esempio attraverso indicizzazione automatica, non dovrebbe essere assimilata né agli *hosting providers* puri né ai *content providers*, e comunque resterebbe estranea alla disciplina de d.lgs. n. 70/2003, è stata esclusa dalla Corte d'appello di Milano, sez. spec. in materia d'impresa, sent. 29/2015, in riforma della sent. del Tribunale di Milano n. 10893/2011. A commento v. M. BELLEZZA, *Yahoo! Vs RTI: a new era for ISP's liability in Italy?*, in *www.medialaws.eu*, 26 Gennaio 2015; M. BASSINI, O. POLLICINO, *Evoluto, ma non attivo. La Corte d'appello di Milano travolge la più recente giurisprudenza sull'hosting*, in *www.diritto24.ilsolo24ore.com*, 27 Gennaio 2015.

⁸³ Cfr. ad esempio Legge 29 maggio 2017, n. 71 (Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo) che all'art. 2 prevede la possibilità per il minore ultraquattordicenne, che abbia subito un atto di cyberbullismo (ovvero per i relativi genitori/soggetti esercenti la responsabilità), di chiedere al *provider* l'oscuramento, la rimozione o il blocco di qualsiasi altro dato personale, che lo riguardi, diffuso nella rete internet, nonché l'intervento del Garante per la protezione dei dati personali qualora il gestore del *social network* non si attivi entro 48 ore. Si segnala peraltro la gravissima svista del legislatore: ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge in esame, infatti, ai fini dell'applicazione della stessa per «gestore del sito internet» si intende il prestatore di servizi della società dell'informazione, diverso da quelli di cui agli articoli 14, 15 e 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70. L'enigma pare irrisolvibile: cosa sono i gestori dei *social network* se non degli *hosting provider*? Se la procedura di *notice and take down* introdotta non si applica agli *access, caching* e soprattutto *hosting provider* a quali fornitori di servizi potrà mai essere rivolta?

A livello europeo cfr. invece *Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Network Enforcement Act* (NetzDG), legge tedesca entrata in vigore il 1 ottobre 2017, nota come "Legge anti-odio" o "Legge Facebook" che impone ai *«telemedia service providers which, for profit-making purposes, operate internet platforms which are designed to enable users to share any content*

Significativa, a tal riguardo, è la Comunicazione della Commissione europea del 28 settembre 2017⁸⁴, la quale identifica i passi essenziali che le piattaforme *online* dovrebbero attuare per un efficace contrasto alla diffusione di contenuti che incitino all'odio, alla violenza e al terrorismo, ovvero:

1. la designazione di “punti di contatto”, con conoscenze specialistiche, che cooperino con le autorità nazionali di riferimento per una più rapida rimozione dei contenuti illeciti;
2. la istituzione di meccanismi che permettano agli utenti di segnalare i contenuti illeciti;
3. l'adozione di misure proattive e tecniche di filtraggio automatiche volte a individuare e prontamente rimuovere i contenuti illegali *online*, nonché a prevenirne la ricomparsa⁸⁵;
4. la pubblicazione delle politiche sui contenuti e delle relazioni in materia di trasparenza che contengano informazioni sufficientemente dettagliate sul numero e il tipo di segnalazioni ricevute.

with other users or to make such content available to the public (social networks)» di intervenire - senza previa segnalazione delle autorità - per la rimozione dei contenuti illegali in tempi rapidissimi (entro 24 ore), con previsioni di multe fino a 50 milioni di euro in caso di inadempienze. Nei casi più complicati la valutazione del contenuto potrà essere trasferita ad un'autorità indipendente, finanziata dal *provider*, che dovrà essere riconosciuta dall'Ufficio Federale di Giustizia.

Totalmente in linea con la generale valorizzazione del ruolo attivo dell'ISP nel contrasto all' *hate speech* anche il Codice di Condotta che, nel maggio 2016, *Facebook*, *Twitter*, *YouTube* e *Microsoft* e la Commissione europea hanno adottato (testo in http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=31811), il quale prevede, tra l'altro, l'impegno delle aziende informatiche a predisporre procedure efficaci per esaminare, in meno di 24 ore, le segnalazioni riguardanti forme illegali di incitamento all'odio nei servizi da loro offerti, in modo da poter rimuovere tali contenuti o disabilitarne l'accesso, ed a svolgere presso i loro utenti un'opera di educazione e di sensibilizzazione sulle tipologie di contenuti non autorizzate in base alle regole e agli orientamenti da esse predisposti per la comunità degli utenti.

⁸⁴ Comunicazione della Commissione Al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Lotta ai contenuti illeciti online verso - una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*, Bruxelles, 28 settembre 2017, in www.ec.europa.eu. Conformi alle indicazioni della Commissione anche le Conclusioni del Consiglio europeo, ST 8 2017 INIT, 22-23 giugno 2017; la Dichiarazione di Taormina del G7 sulla lotta contro il terrorismo e l'estremismo violento, 26 maggio 2017; G20 *Leaders' Declaration - Shaping an interconnected world*, 8 luglio 2017 - tutte in www.consilium.europa.eu. La Commissione europea ha dato seguito alle precisazioni della Comunicazione del 28 settembre 2017 attraverso l'emanazione della Raccomandazione (UE) 2018/334, del 1 marzo 2018, recante “misure per contrastare efficacemente i contenuti illegali online”.

⁸⁵ A tal riguardo, la stessa Commissione segnala le eventuali interferenze tra tali “comportamenti attivi” ed il *safe harbour* di cui all'art. 14 della Direttiva *e-commerce*, richiamando l'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 2011, causa C-324, *L'Oréal/eBay*: «Ne consegue che le misure proattive adottate da una piattaforma online al fine di individuare e rimuovere contenuti illegali potrebbero far sì che essa venga a conoscenza di attività o informazioni illecite, il che potrebbe comportare la perdita della deroga alla responsabilità in conformità all'articolo 14, paragrafo 1, lettera a) della direttiva sul commercio elettronico. In tali casi tuttavia la piattaforma online continua ad avere la possibilità di agire immediatamente per rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni interessate non appena al corrente di tali fatti. Qualora agisca in tal senso, la piattaforma online continua a beneficiare della deroga alla responsabilità a norma dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera b). I timori legati alla perdita del beneficio della deroga alla responsabilità non dovrebbe pertanto scoraggiare o precludere l'applicazione delle misure proattive volontarie efficaci che la presente comunicazione intende incoraggiare». Anche l'ECRI incoraggia il ricorso a sistemi di filtraggio. Cfr. Raccomandazione ECRI 15/2015, punto 7 lett. d.

Alcune affermazioni contenute nella Comunicazione della Commissione citata paiono, in realtà, in contrasto con il divieto di introdurre in capo agli ISP un generale obbligo di controllo dei contenuti. Confondono in modo particolare le seguenti conclusioni: «le piattaforme online che gran parte degli utenti di Internet consultano per accedere ai contenuti hanno la pesante responsabilità, nei confronti della società, di proteggere gli utenti e il pubblico in generale nonché prevenire lo sfruttamento dei loro servizi da parte di criminali e altri soggetti coinvolti in attività illegali online. [...] L'aumento dei contenuti illegali ospitati dalle piattaforme online crea un danno reale alla società, che comprende rischi per l'integrità, la dignità e la salute dei nostri cittadini; se non affrontato adeguatamente, tale danno indebolirà anche la fiducia nei confronti dei servizi digitali in senso lato e in ultima istanza del mercato unico digitale – un motore essenziale di innovazione, di crescita e di occupazione. Anche se tali contenuti sono creati e caricati da terzi, la crescente influenza delle piattaforme online nella società, derivante dal loro ruolo di guardiani dei contenuti e delle informazioni, ne aumenta le responsabilità nei confronti degli utenti e della società nel complesso».

Seguendo alla lettera tale inquadramento si rischia un'inaccettabile trasformazione degli ISP da operatori tecnici ad operatori giuridici, "controllori della rete", con compiti inquisitori e di polizia.

Per lo più in un sistema come quello italiano in cui la procedura di "segnalazione e azione", cd. di "*notice and take down*", non è stata ancora assolutamente specificata⁸⁶, la rimozione dei contenuti o l'inibizione dell'accesso a determinati siti non dovrebbe essere basata sulla mera personale valutazione di merito dei fornitori.

Premesso che la non ipotizzabilità di un generale obbligo di sorveglianza non esclude a priori l'introduzione di doveri specifici di collaborazione, tant'è che peculiari doveri di informazione, comunicazione e collaborazione con l'autorità giudiziaria o amministrativa sono stati introdotti non solo ai sensi del d.lgs. 70/2003, ma anche nel campo della lotta alla pedopornografia, al terrorismo, al gioco d'azzardo, nonché nell'ambito della tutela della *privacy*, della *cyber*-sicurezza, dei diritti d'autore e della proprietà industriale, ove le autorità competenti individuino precisamente le violazioni in relazioni alle quali scatta l'obbligo di intervento per il prestatore può dirsi pienamente rispettato l'art. 16 del d.lgs. 70/2003, in virtù del quale il *provider* non sarà

⁸⁶ Nella mente del legislatore europeo tale lacuna avrebbe dovuto essere colmata grazie ad appositi codici di condotta e ad interventi legislativi nazionali in sede di attuazione della direttiva. Cfr. Commissione Europea, COM (1998) 586 final 98/0325 (COD), *Proposal for a European Parliament and Council directive on certain-legal aspects of electronic commerce in the internal market*, Brussels, 18 Novembre 1998, p. 29 ss., in www.pitt.edu. «Article 14 Hosting [...] Service providers will not lose the exemption from liability if after obtaining actual knowledge or becoming aware of facts and circumstances indicating illegal activity, they act expeditiously to remove or to disable access to the information. This principle established in the second indent of the paragraph, provides a basis on which different interested parties may lay down procedures for notifying the service provider about information that is the subject of illegal activity and for obtaining the removal or disablement of such information (sometimes referred to as 'notice and take down procedures'). It should nevertheless be stressed that these procedures do not and cannot replace existing judicial remedies. The Commission is actively encouraging industry self-regulatory systems, including the establishment of codes of conduct and hot line mechanisms». V. inoltre direttiva 2000/31/CE, Considerando 40; art. 16.

responsabile per i contenuti illeciti immessi dai terzi a condizione che, «non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso».

La norma in questione, infatti, a differenza di quanto previsto in sede europea⁸⁷, ancora saldamente il meccanismo di “*take down*” alle indicazioni delle autorità competenti⁸⁸.

D'altro canto, pur sembrando evidente che l'adozione di misure proattive da parte degli ISP e le segnalazioni degli utenti - per lo più se qualificate, puntuali e circoscritte - ben potrebbero comportare quella effettiva conoscenza dell'illiceità del contenuto la cui presenza determina la disapplicazione dei *safe harbours* fissati nella direttiva *e-Commerce*, la gestione in autonomia da parte dei fornitori della pulizia della rete sembra foriera di pericoli per la libertà di espressione.

I *providers*, infatti, onde evitare sanzioni ed in virtù della lacuna in merito alla responsabilità in caso di blocco del materiale lecito, saranno sicuramente inclini a rimuovere i contenuti senza le opportune indagini⁸⁹, realizzando così un'opera di censura pur non essendo provvisti dell'autorità di un tribunale o delle relative competenze giuridiche.

Tra le misure che, viceversa, potrebbero scoraggiare opere di eliminazioni arbitrarie si segnalano, ad esempio, la previsione di una disciplina dettagliata per le notifiche degli utenti, di sanzioni in casi di false accuse, della notifica al “segnalato” della *takedown notice* onde permettere l'invio di una contro notifica⁹⁰, ed infine di un “porto sicuro” per il fornitore dei servizi che, in attesa della pronuncia della autorità giudiziaria, decida di mantenere le informazioni *online* in seguito alla *counter notice*.

Decisivo sarà quindi l'intervento legislativo onde garantire che le disposizioni concernenti la responsabilità/responsabilizzazione degli ISP non restino prive di significato⁹¹ ovvero, come

⁸⁷ Nell'art. 14 della direttiva 2000/31/CE, infatti, non vi è alcun richiamo alla segnalazione delle autorità.

⁸⁸ Cfr. G. COMANDE', *Al via l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, ma... serve maggiore coordinamento*, in *Danno e Responsabilità*, n. 8-9/2003, p. 809. Negli ultimi anni sono state presentate diverse proposte di riforma dell'articolo in esame. Ad esempio, la cd. “proposta Fava”, bocciata nel febbraio 2011 dalla Camera dei Deputati prevedeva la possibilità per i *providers* di rimuovere i contenuti illeciti non solo sulla base della segnalazione delle autorità competenti ma anche di qualsiasi soggetto interessato. V. A. PIROZZOLI, *La responsabilità dell'Internet Service Provider. Il nuovo orientamento giurisprudenziale nell'ultimo caso Google*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 3/2012, www.rivistaaic.it.

⁸⁹ Rendonon fondati tali timori le interessanti analisi di C. AHLERT, C. MARSDEN, C. YUNG, *How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation*, in www.ox.ac.uk, 1 Maggio 2004; J. URBAN, L. QUILTER, *Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices Under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act: Summary Report*, 2005, in www.law.berkeley.edu.

⁹⁰ Cfr. punti 9-13, capo II della Raccomandazione (UE) 2018/334.

⁹¹ La direttiva (UE) 2017/541 sulla lotta contro il terrorismo, al Considerando 22 e 23, prevede ad esempio che «La rimozione di contenuti online che costituiscono una pubblica provocazione per commettere un reato di terrorismo o, ove non sia possibile, il blocco dell'accesso a tali contenuti a norma della presente direttiva, non dovrebbe pregiudicare le disposizioni della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. In particolare, non dovrebbe essere imposto ai fornitori di servizi alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. Inoltre, i fornitori di servizi di hosting non dovrebbero essere considerati responsabili a condizione che non siano effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e non siano

contropartita della “privatizzazione” della censura e della necessità della rapidità di intervento per il blocco dei contenuti illegali, si trasformino in fondamenta per l’introduzione di modelli di responsabilità che, data la difficoltà tecnica del controllo sugli innumerevoli dati trasmessi, senza gli opportuni riferimenti, rischierebbe di avvicinarsi molto ad una responsabilità di tipo oggettivo.

6. Considerazioni conclusive

Diverse recenti indagini mostrano come, anche nel nostro ordinamento, le arene digitali raccolgano lo sbraitamento razzista sguaiato e silenzioso di un numero sempre maggiore di individui⁹², rendendo fondato il timore di una normalizzazione del linguaggio ostile.

Psicologia e scienze economiche hanno sottolineato, già a partire dagli anni '60, le profonde analogie tra i modelli matematici elaborati per le epidemie ed il fenomeno del cd. contagio sociale/morale. Il superamento delle barriere spazio/temporali, operato dal *web*, impone oggi una più attenta considerazione dei discorsi d’odio ed una valutazione non superficiale della loro dimensione lesiva e “contaminante”.

Il riconoscimento del valore della parola e della stretta connessione che si può innescare tra impoverimento del linguaggio e impoverimento del pensiero determina un senso di smarrimento anche nel giurista, travolto da un turbinio d’interrogativi e dall’angosciosa immagine di un *web* cassa di risonanza memetica di un *zeitgeist* brutalmente imbarbarito e comunità confermativa della *broken windows theory*⁹³. D’altra parte è pur vero che, proprio in *Internet*, il potere di isolare ed annientare i contenuti “infettanti”, se mal gestito, rischierebbe di attentare alla libertà dei flussi informativi e comunicativi.

al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l’illegalità dell’attività o dell’informazione». Chiaro è come, senza una preliminare analisi del significato e delle condizioni che comportano l’“effettiva conoscenza” o la “manifesta illegalità”, tali enunciazioni sembrano mancare di effettiva forza applicativa.

⁹² Cfr., tra le più recenti, la Mappatura dell’Intolleranza di Vox (Osservatorio Italiano sui diritti), relativa ai *tweet* intolleranti registrati nel periodo maggio e novembre 2017 e marzo – maggio 2018: la percentuale dei *tweet* dell’odio si attesta al 32,45% degli esaminati nel 2017 e sale al 36,93% nel 2018 (<http://www.voxdiritti.it/mappa-dellintolleranza-3-donne/>). Importanti per l’analisi dell’*hate speech* nel nostro ordinamento le indagini dell’UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali) consultabili in <http://www.unar.it/documenti/biblioteca/indagini-statistiche/>; dell’OSCAD (Osservatorio per la Sicurezza Contro gli Atti Discriminatori), consultabili in <http://www.interno.gov.it/it/sala-stampa/dati-e-statistiche/dati-sulle-segnalazioni-pervenute-contro-atti-discriminatori>; dell’ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights) dell’OSCE, che raccoglie ogni anno i dati sugli *hate crimes* in Italia sia da fonti governative che da fonti della società civile, consultabili in <http://hatecrime.osce.org>. Molto attive nel monitoraggio anche numerose associazioni quali l’Associazione 21luglio, Associazione Carta di Roma, Lunaria e UFTDU (Unione forense per la tutela dei diritti umani).

⁹³ La teoria criminologica “delle finestre rotte”, elaborata negli anni '80, evidenzia i legami tra la creazione, in una comunità, di un clima di ordine e legalità, attraverso il controllo e la repressione di comportamenti dotati di un disvalore apparentemente tenue (ad es. atti vandalici, ubriachezza in pubblico, la sosta selvaggia etc.), e la riduzione della commissione di crimini, in virtù del fatto che «*at the community level, disorder and crime are usually inextricably linked, in a kind of developmental sequences*». Cfr. G. L. KELLING e J. Q. WILSON, *Broken Windows: The police and neighborhood safety*, in *Atlantic Monthly*, 1 marzo 1982, consultabile in https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/?single_page=true.

Come evidenziato dal Professor Pulitano «lo scenario è complesso, e ben si comprende che il giurista – vedendo contrapporsi, in simmetrica negatività, “la miseria morale del discorso d’odio e l’oscuro potenziale di una restrizione normativa a pure manifestazioni di pensiero” – confessi di avere “un io diviso, in senso psicanalitico, tra impegno antirazzista e passione liberale per la libertà d’espressione”»⁹⁴.

La rete rivitalizza l’importanza di un approccio olistico, *viribus unitis*, per il contrasto dell’*hate speech* in cui, a fronte del rilievo empirico dell’insufficienza dei pur indispensabili interventi di promozione dell’educazione, formazione e sensibilizzazione, la risposta penale conservi la propria sussidiarietà⁹⁵.

Avversando fermamente l’opzione anarchica in nome della libertà di pensiero, ed al contempo la generica diffidenza nei confronti della tecnologia informatica *ex se*, sembra potersi affermare che l’arsenale penalistico non sia attualmente sprovvisto di abili strumenti di repressione dell’*hate speech*. In attesa della ratifica del Protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica, le disposizioni in vigore possono comunque ben trovare applicazione anche nel *web* e attagliarsi perfettamente alle sfumature dei casi concreti grazie ad un’interpretazione attualizzata ed attualizzante del bene giuridico tutelato e della fenomenologia razzista.

La vera sfida sembra in realtà essere rappresentata dalla necessità, tramite l’incrocio dei dati ed un approccio multidisciplinare, di rispettare pienamente i principi di offensività e di *extrema ratio* nel greto dell’«ipercomunicazione pulviscolare»⁹⁶. Il ruolo della dottrina potrebbe essere quindi quello di suggerire, ad esempio, criteri per valutare, non in modo arbitrario, l’idoneità del *tweet* o del *post* d’odio di influire sul pensiero altrui, nell’ambito di un progetto, di ben più ampio respiro, volto alla costruzione una “cultura della sussidiarietà”⁹⁷.

Un’ulteriore riflessione richiede, infine, l’elaborazione della sfera di intervento dei *providers* e, in modo particolare, delle piattaforme di condivisione.

Nell’articolazione dei poteri, così suggerita anche in sede europea, la funzione pubblicistica sembra soppiantare la loro insita natura privatistica, economico-commerciale.

Considerate l’importanza dei servizi offerti dagli ISP, entrati a far parte della quotidianità degli utenti, nonché le precipe capacità tecniche ad essi sottese⁹⁸, si condivide

⁹⁴ Cfr. D. PULITANO, *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 marzo 2015, che richiama le parole di F. BACCO, *Dalla dignità all’eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici*, in Quaderni Costituzionali (4), p. 840 e A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, pag. 184.

⁹⁵ Cfr. F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1973, in modo particolare p. 15 e ss.

⁹⁶ Cfr. G. FORTI, *Le tinte forti del dissenso nel tempo dell’ipercomunicazione pulviscolare. Quale compito per il diritto penale?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2016, p. 1034-1060.

⁹⁷ Cfr. l’illuminato saggio di C. DE MAGLIE, *Punire le condotte immorali?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2/2016, p. 938-960 anche per i richiami alle opere di riferimento del Prof. Donini e del Prof. Forti.

⁹⁸ Sicuramente nel caso delle piattaforme “professionali”, che lucrano tramite la raccolta pubblicitaria, sostenere l’incapacità tecniche di intervento sui dati immessi dagli utenti sembra illogico: i profitti, infatti, sono strettamente connessi all’abilità tecnica di offrire agli internauti una pubblicità profilata sulle loro preferenze (ricavate dalle *queries*

l'incoraggiamento al ricorso da parte delle piattaforme di strumenti automatici ad efficacia deterrente quali i cd. *early warning*, ovvero avvertimenti che, segnalando la potenzialità razzista di un contenuto, richiedano una conferma dell'utente per la condivisione. Si tratta di una forma di "alfabetizzazione" e sensibilizzazione degli internauti che ben può essere demandata ad algoritmi e meccanismi di filtraggio.

Parimenti auspicabile inoltre, anche nel settore specifico della lotta all'*hate speech*, la previsione normativa di dettagliati doveri di collaborazione con le autorità competenti idonei a fondare una responsabilità penale per omesso impedimento del fornitore e a comportare il superamento del paradigma del *provider* inerte o passivo non appena ricevuta la notizia (dall'autorità competente) dell'illecito commesso dai fruitori del suo servizio ⁹⁹.

Fortemente confutabile pare, invece, l'appropriatezza della "toto-delega" della regolamentazione dei contenuti agli attori privati ISP in un quadro per lo più, ad oggi, di autoregolamentazione.

Per evitare l'amarrezza di un brindisi con Vodka della Vittoria di orwelliana memoria, il "Ministero della Verità" non dovrebbe essere costituito al di fuori dei poteri riconosciuti dallo Stato.

Sebbene un coinvolgimento del *provider* che lo renda, in modo limitato e condizionato, garante della sorveglianza e sicurezza della rete, sembra di certo, non solo inverare la previsione di cui all'art. 41 della Costituzione, secondo la quale la libertà d'iniziativa economica può subire limitazioni per ragioni determinate dall'interesse pubblico od in vista di un'utilità sociale, ma anche risposta necessitata dinnanzi ad un sistema costituzionale in cui la tutela della persona sia l'Alfa e l'Omega e quindi si miri al miglioramento della cd. *Infosfera* ¹⁰⁰, intesa come dimensione ove l'individuo sviluppa la propria personalità, esigere una generica autoregolazione delle piattaforme al fine di rimuovere con la massima tempestività l'*hate speech online* rischia di sguinzagliare *17Charlie* ¹⁰¹ senza addestramento.

La risoluzione del problema del bilanciamento dinamico in rete tra sicurezza, tutela della dignità e della libertà richiede un continuo confronto dialogico tra tutti gli attori del *cyberspace* ¹⁰², ma dovrebbe rimanere di competenza esclusiva dello Stato per essere certi che la

rivolte al motore di ricerca) e di abbinare determinati contenuti pubblicitari ai dati ospitati sul sito. In tal senso cfr. C. ROSSELLO, *Riflessioni de jure condendo in materia di responsabilità del provider*, cit., p. 627.

⁹⁹ Tra le autorità sicuramente competenti si segnala, ad esempio, con riguardo ai contenuti di natura terroristica, l'unità addetta alle segnalazioni su Internet di Europol (EU IRU-EUROPOL'S INTERNET REFERRAL UNIT), istituita nel luglio 2015.

¹⁰⁰ Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*. Traduzione a cura di M. Durante, Milano, 2017, p. 45 e ss.

¹⁰¹ Codice militare di specializzazione con cui viene indicata la categoria dei cyber-soldati appartenenti all'esercito degli Stati Uniti.

¹⁰² Permettono fondamentalmente la compartecipazione a tale confronto i meccanismi di notifica utilizzabili dagli utenti, gli obblighi di segnalazione alle autorità competenti da parte dei fornitori, la valorizzazione delle segnalazioni proveniente da parte di *flegger* attendibili (ad es. associazioni che operano a tutela dei diritti), ma anche la promozione dell'educazione civica, i progetti di sensibilizzazione e formazione sulle problematiche connesse alla diffusione dell'odio *online*.

consapevolezza dei rischi di derive tecnologiche non venga travolta dall'oblio¹⁰³.

L'assunto del *provider* “guardiano dei contenuti” e moderatore della rete, in un sistema democratico, non convince¹⁰⁴.

*Contributo elaborato nell'ambito del Progetto di ricerca: “Nuove tecnologie e lotta al (cyber) terrorismo ed al discorso d'odio in prospettiva europea”, Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona.
Verona, Giugno 2018.*

¹⁰³ Cfr. S. RODOTA', *Laicizzare il rapporto fra innovazione e società*, in G. RASI (a cura di), *Innovazioni tecnologiche e privacy. Sviluppo economico e progresso civile*, Garante per la protezione dei dati personali, Roma, 2004.

¹⁰⁴ Cfr. la semplice riflessione di Bellu, membro della Commissione “*Jo Cox*” in rappresentanza dell'Associazione Carta di Roma: «E' accaduto che addirittura Facebook abbia a volte rimosso lo stesso commento e a volte non lo abbia rimosso, a seconda di chi l'abbia segnalato. Io volevo porre alla Commissaria Jourová un problema di carattere generale: fino a che punto si possa affidare ai gestori la moderazione, cioè fino a che punto si possa pensare di lasciare i gestori al di fuori di una cornice di obblighi di legge. Anche per una considerazione: i gestori – dunque società private – cambiano e dunque chi ci dice che a un certo punto il criterio di Facebook, che oggi è così positivo, poi non cambi con l'avvicinarsi dell'amministratore delegato?», in Resoconto stenografico seduta della Commissione “*Jo Cox*” n. 7 di giovedì 2 febbraio 2017, in <http://www.camera.it/leg17/1267>. Cfr. inoltre ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione*, cit., p. 164: «quanto alle imprese che della diffusione del pensiero fanno il loro oggetto, la libertà di manifestazione del pensiero è solo strumentale: più idee possono circolare liberamente più mercato si crea».